Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag.

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt der

hohen Juristenfakultät zu Rostock

von

Philipp von Leitner,
Gerichtsassessor aus Schwerin i. M.

AGAD. LANDRAT. BIBL.

Schwerin 1904.
Druck der Bärensprungschen Hofbuchdruckerei.

Disposition.

Einleitung: Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag im römischen Recht.

Thema: Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag nach bürgerlichem Recht.

I. Abgrenzung vom Darlehen.

II. Pactum de deponendo.

III. § 700 Abs. 1 S. 1 B.G.B.

1. Vertretbare Sachen.
2. Der dingliche Vertrag.
3. Einfluß von Rechtsmängeln.
4. Einfluß von Sachmängeln.
5. Der obligatorische Vertrag.
6. Zeitpunkt und Folgen des Gefahrübergangs.
7. Zeit und Ort der Rückgabe.
8. Aufrechnung und Zurückbehaltung bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag.

IV. § 700 Abs. 1 S. 2 B.G.B.

1. Der regelmäßige Verwahrungsvertrag.
2. Juristische Konstruktion der Gestattung der Aneignung.
3. Folgen der Aneignung.
4. Folgen von Rechtsmängeln.

V. Das sog. Bankverwahrungsgeschäft.

Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag.

Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so liegt ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag vor. Dieser Vertrag war schon dem römischen Recht bekannt, wie sich aus der lex 31 D locati 19, 2 ergiebt: . . . . . idem juris esse in deposito; nam si quis numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret — —. Diese Stelle sagt unzweideutig, wenn jemand eine Geldsumme in der Weise zur Verwahrung übergiebt, daß er sie weder verschlossen noch besonders kenntlich gemacht habe, so schulde der Verwahrer nur eine entsprechende Summe. Auch die weiteren Quellenstellen, insbesondere l. 24 D depositi 16, 3; l. 25 § 1; l. 26 § 1; l. 29 § 1 D h. t. führen nach meiner Ansicht unzweideutig zu der Feststellung, daß der Begriff des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages dem römischen Recht bekannt gewesen ist.

Es geht über den Umfang und den Rahmen dieser Arbeit hinaus, auf eine genaue Exegese dieser Quellenstellen einzugehen.

Von dem römischen Recht ist der Begriff des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages in das gemeine Recht übergegangen, wie auch fast einstimmig von sämtlichen Schriftstellern anerkannt ist. Von neueren Schriftstellern spricht Niemeyer dem Begriff des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages die positive Geltung ab; gegen ihn ist indessen besonders Bruckner, Krit. Vierteljahrschrift Bd. 15 S. 56ff. aufgetreten.

I.

Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag ist dem Darlehen nahe verwandt. Bei beiden Rechtsverhältnissen sind die äußeren Tatbestandsmerkmale die gleichen, nämlich

1. die Übergabe einer Summe von vertretbaren Sachen zu Eigentum;
2. die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe einer gleichen Menge derselben Art.

Indessen unterscheiden sie sich durch ihre causa, die wirtschaftliche Zweckbestimmung. Bei dem Darlehen will der Empfänger die vertretbaren Sachen, die er nötig hat, leihen, um sie für sich zu gebrauchen und umzusetzen; bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag will der Geber der für ihn beschwerlichen Verwaltung und Aufbewahrung der vertretbaren Sachen und damit auch der Gefahr eines Verlustes derselben überhoben sein, ohne jedoch die Verfügung über dieselben auf längere Zeit zu verlieren; der Empfänger will hier einen Dienst leisten. Bei dem Darlehen ist gerade die Eigentumsübertragung der Zweck

der Hingabe, der Empfänger will die vertretbaren Sachen zu Eigentum erwerben, um sie für sich in seinem Interesse verwenden zu können; dagegen ist bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage die Eigentumsübertragung nur die zufällige Form des Anvertrauens von vertretbaren Sachen. Das unterscheidende Merkmal zwischen beiden Verträgen wird sein, ob vorzugsweise das Interesse des Gebers oder aber das Interesse des Empfängers die Hingabe der vertretbaren Sachen veranlaßt hat.[1]) Daß bei beiden Rechtsverhältnissen sich das Interesse beider Teile mit einander verbinden kann und in der Regel auch verbinden wird, liegt auf der Hand; bei dem Darlehen für den Geber in den für die Überlassung des Kapitals vereinnahmten Zinsen, — bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag für den Empfänger in der Möglichkeit wirtschaftlicher Ausnutzung der überlassenen vertretbaren Sachen.[2])

II.

Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag gehört zu der Gruppe der Realkontrakte. Nicht schon durch den

---

[1]) So Dernburg B.G.B., Bd. II, 2, § 351 I 1; Matthiaß Bd. I, § 126 III A; v. Schey § 50, 2; Endemann, Bd. I, 185, 6; Windscheid § 379, Anm. 4; R. G. Bd. 1, S. 207; Koref, die verschiedenen Arten von Depots an Wertpapieren juristisch charakterisiert S. 15.

[2]) Außer Niemeyer, wie bereits früher erwähnt ist, behauptet Engelmann „Das bürgerliche Recht Deutschlands" § 112, 5: daß nach dem B.G.B. der unregelmäßige Verwahrungsvertrag Darlehen sei; Schollmeyer: Hinterlegungsdarlehen. Cosack § 154, II. 3: behauptet, daß der unregelmäßige Verwahrungsvertrag juristisch Darlehen sei; nur dadurch unterscheide er sich vom Darlehen, daß hier der Darlehnsempfänger den Wert der Darlehnssachen für den Darlehnsgeber verwahren, d. h. zu dessen Verfügung halten soll.

bloßen Vertrag, sondern erst durch die Hingabe der vertretbaren Sachen wird die Rückgabepflicht des Verwahrers begründet.[1]) Dagegen behauptet Cosack B.G.B. § 154, III, daß der Verwahrungsvertrag häufig als Realvertrag zu stande kommt; indessen könne ebensogut der Vertragsschluß der Übergabe der zu verwahrenden Sache vorhergehen. Das ist nach meiner Ansicht unrichtig. Es kann zwar der Vertragsschluß der Übergabe vorhergehen, aber die Rückgabepflicht des Verwahrers wird erst durch die vorgängige Hingabe begründet werden; vorher kann sie bestenfalls als eine durch die Hingabe suspensiv bedingte vorhanden sein.[2]) Daneben ist freilich wie bei der Leihe ein bindender Vertrag über die Annahme der vertretbaren Sachen zur Verwahrung möglich; indessen wird dies nur ein Vorvertrag[3]) sein, der bereits in dem Abschluß des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages seine Erfüllung und Beendigung findet.

Dieser Vorvertrag wird, sofern die Parteien überhaupt einen bindenden Vertrag haben schließen wollen, für den künftigen Verwahrer stets die Verpflichtung zur Annahme begründen, und nur dann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, wird er entsprechend dem § 696 B.G.Bs. die Annahme ablehnen dürfen.[4]) Dagegen kann er von

[1]) So die überwiegende Mehrheit; Neumann zu § 688, 1; Oertmann Vbmk. z. 12. Titel, 1; Endemann § 185; Crome, part. Rechtsgeschäfte S. 459; Planck Vbmk. z. 4. Titel 1 u. a.

[2]) So auch Oertmann Vbmk. z. 4. Titel 2; Windscheid § 377, 2.

[3]) Vgl. hierüber einmal Degenkolb: „Zur Lehre vom Vorvertrag", Archiv f. civil. Praxis Bd. 71, S. 1 ff, und Schloßmann: „Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte", Jhering's Jahrbücher Bd. 45, S. 1.

[4]) So Neumann zu § 688, I, 2; Oertmann Vbmk. 12. Titel; Dernburg II, 2, § 349, III; Goldmann-Lilienthal § 191, Anm. 2.

dem künftigen Hinterleger die Hingabe der vertretbaren Sachen wohl im allgemeinen nicht verlangen; das folgt einmal aus dem Wesen und dem Zweck des Vertrages, der nur das Interesse des Hinterlegers bezweckt,[1]) das ergiebt auch der Hinweis auf § 695 B.G.B., wonach der Hinterleger die hinterlegten Sachen jederzeit zurückfordern kann.[2]) Auf die Frage, ob in diesem Falle ein Anspruch auf die vereinbarte Provision oder auf Ersatz von Verwendungen besteht, wird später eingegangen werden. Indessen kann es auch in einem einzelnen Falle sehr wohl in der Absicht der Kontrahenten liegen, eine bindende Verpflichtung des künftigen Hinterlegers auf Hingabe der vertretbaren Sachen zu begründen, z. B. ein Kaufmann vereinbart mit einer Bank, daß er während der nächsten drei Jahre seine verfügbaren Gelder bei ihr gegen den vereinbarten Zins aufbewahren werde. Hier besteht neben dem Interesse des Hinterlegers auch ein Interesse der Bank, und man wird in einem solchen Falle auch dazu kommen müssen, auch auf Seiten des Kaufmanns eine klagbare Verbindlichkeit anzuerkennen.[3]) Auf einen solchen Fall wird der § 610 B.G.Bs. entsprechend anwendbar sein. Wenn nach Abschluß dieses Vertrages auf Seiten des Verwahrers eine wesentliche Vermögensverschlechterung

---

[1]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 2, S. 211: Es würde widersinnig sein, jemand durch Anstellung einer Klage zur Annahme seines Vorteils zwingen zu wollen, den er selbst nicht mehr haben will.

[2]) Neumann, Oertmann a. a. O.; Haidler zu § 688.

[3]) Goldmann-Lilienthal § 191, I 2 will für diesen Fall nicht einen Anspruch auf Hingabe der zu verwahrenden Sachen, sondern nur auf Entschädigung geben.

eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet würde, so wird im Zweifel der Kaufmann den Vertrag widerrufen können. Denn ein derartiger Vertrag ist nur im Vertrauen und der stillschweigenden Voraussetzung der fortdauernden Kreditwürdigkeit der Bank geschlossen; darum wird man dem Kaufmann unter der von ihm zu beweisenden Voraussetzung der Vermögensverhältnisse das Widerrufsrecht zugestehen müssen.

III.

Die Voraussetzungen des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages sind: Die Hinterlegung von vertretbaren Sachen, mit der Bestimmung, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren.

1. Gegenstand des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages sind nur vertretbare Sachen. Nach § 91 BGB. sind vertretbare Sachen solche beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Entscheidend ist der objektive Maßstab der Verkehrsanschauung, für welche die einzelnen Stücke bestimmter Arten so wenig an Individualität besitzen, daß mit voller Rechtswirkung die einen an die Stelle der anderen treten können.[1]) Dies trifft in erster Linie bei Geld zu. Vertretbar können ferner auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen und Wertpapiere, ferner Getreide, Kohlen,

[1]) Endemann Bd. I § 56.

Flüssigkeiten und alle maschinenmäßig hergestellten Sachen sein.[1])

2. Die Hinterlegung der vertretbaren Sachen muß mit der Bestimmung geschehen, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen soll. Die Eigentumsübertragung erfolgt, da es sich bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage nur um bewegliche Sachen handelt, nach den §§ 929 ff BGB; sie ist ein abstrakter Vertrag, der objektiv die Herstellung des dem zu übertragenden Eigentum entsprechenden Besitzstandes und subjektiv die Einigung der Vertragschließenden über den Übergang des Eigentums erfordert.

Der objektive Tatbestand, nämlich die Hinterlegung der zu verwahrenden Sachen bei dem Verwahrer, wird sich in der Regel in der Weise vollziehen, daß der Hinterleger die vertretbaren Sachen übergibt. Daneben kann die Hinterlegung auf andere Weise vermittelt werden.

Der Hinterleger kann eine einzelne Sache mit der Bestimmung dem Verwahrer übergeben, daß derselbe die Sache verkaufen und deren Erlös für ihn verwahren solle. In diesem Falle wird ein Auftrag zum Verkauf verbunden mit einem durch die Ausführung des Auftrages bedingten Verwahrungsvertrag vorliegen. Bis zu der Vornahme des Verkaufs haftet der Verwahrer nach den Grundsätzen des Auftrags, so daß die Gefahr bei dem Hinterleger verbleibt.

Der Verwahrer kann auch bereits im Besitz der vertretbaren Sachen sein, indem er z. B. als Beauftragter

[1]) Matthiaß Bd. I § 40 I; Kuhlenbeck Anm. zu § 700; Sachs in der Zeitschrift f. ges. Handelsrecht Bd. 18 S. 418 ff.

des Hinterlegers eine ausstehende Forderung desselben eingezogen hat. Dann liegt bereits der zum Zustandekommen des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages erforderliche objektive Tatbestand vor und entsprechend § 929 S. 2 BGB. genügt zur Eigentumsübertragung die Einigung der Vertragschließenden.

Ebenfalls kann das objektive Moment durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt werden, indem z. B. der Hinterleger den ihm aus einem mit einem Dritten geschlossenen regelmäßigen Verwahrungsvertrag zustehenden Anspruch auf Herausgabe einer bestimmten ihm gehörigen Summe von vertretbaren Sachen an den Verwahrer abtritt. In diesem Falle wird nach § 931 BGB. der Verwahrer bereits mit der Abtretung Eigentümer der vertretbaren Sachen werden und damit auch die Gefahr auf ihn übergehen.

Die Eigentumsübertragung durch sog. constitutum possessorium kann für den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag nicht in Betracht kommen, denn es will ja gerade der Hinterleger von der Sorge für die Aufbewahrung der Sachen befreit sein, und diesen Erfolg erreicht er nicht, wenn er unmittelbarer Besitzer bleibt.

Das subjektive Moment, nämlich die Einigung der Vertragschließenden über den Übergang des Eigentums, kann entweder ausdrücklich vereinbart sein, es kann sich aber auch aus den Umständen ergeben. Es wäre allerdings nicht richtig zu behaupten, daß mangels eines erkennbaren Parteiwillens das Eigentum an den hinterlegten Fungibilien kraft Rechtssatzes ohne weiteres wegen der be-

sonderen Natur der Objekte übergehe.[1]) Es ist dies eine Ansicht, die sich bis noch vor kurzem in der Praxis erhalten hat. In Wirklichkeit ist aber nicht die Fungibilität des Gegenstandes, sondern der durch diese beeinflußte Parteiwille das Ausschlaggebende. Übergibt z. B. ein Dienstmädchen dem Dienstherrn eine Summe Geldes zur Aufbewahrung, so wird der Wille der Parteien hier auf Abschluß eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrages gehen. Der Dienstherr wird die erhaltene Summe ohne weiteres mit seinem übrigen Gelde vermischen können. Wenn dagegen ein Student seiner Wirtin am 1. des Monats einen Teil seines Monatsgeldes zur Aufbewahrung gibt, so ist der Wille der Parteien auf Abschluß eines regelmäßigen Verwahrungsvertrages gerichtet, so daß das Eigentum nicht schon mit der Empfangnahme auf die Wirtin übergeht. Es ist daher mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung der aus den begleitenden Umständen zu entnehmende Wille der Parteien für den Eigentumsübergang im konkreten Falle entscheidend.[2])

3. Sind die hinterlegten vertretbaren Sachen nicht Eigentum des Hinterlegers, so finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. Der Verwahrer erwirbt, da es sich in der Regel um Geld oder Inhaberpapiere handeln wird, das Eigentum mit der Übergabe, sofern er gutgläubig ist. In diesem Falle kommt im Verhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer der unregelmäßige

[1]) Vgl. Niemeyer S. 22; Seuffert Archiv Bd. X Nr. 127.
[2]) Ebenso R.G. Bd. 5 S. 5.

Verwahrungsvertrag zu stande, denn der Verwahrer hat durch die Übergabe das Eigentum erworben. Der bisherige Eigentümer hat sein Eigentumsrecht verloren und kann seine Ansprüche, insbesondere auch aus § 816 B.G.B. auf Abtretung des gegen den Verwahrer aus dem Vertrage erworbenen Anspruchs[1]) und eventuell auf Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen nur gegen den Hinterleger geltend machen; gegen den Verwahrer direkt hat er keine Ansprüche. Ist dagegen der Verwahrer bei der Übergabe in schlechtem Glauben, oder handelt es sich um Sachen, die verloren, gestohlen oder abhanden gekommen sind — ausgenommen Geld oder Inhaberpapiere, wie bereits erwähnt — so ist der Verwahrer nicht Eigentümer geworden; der bisherige Eigentümer hat sein Eigentum behalten und kann seine Ansprüche auch gegen den Empfänger geltend machen. Hat der Verwahrer die hinterlegten Sachen mit seinen eigenen verbunden oder vermischt, so finden die Vorschriften der §§ 946 ff. B.G.Bs. Anwendung. Ist durch die Übergabe der vertretbaren Sachen Eigentum auf den Empfänger nicht übergegangen, so ist im Verhältnis zwischen ihm und dem Hinterleger der unregelmäßige Verwahrungsvertrag nicht zu stande gekommen: die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe bestimmt sich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.[2]) Goldmann-Lilienthal versagt im § 166, 3 dem Geber den Rückforderungsanspruch: indessen ist der

[1]) Ebenso Goldmann-Lilienthal § 166 Anm. 6.

[2]) Uebereinstimmend Planck S. 341, III, 3; Endemann § 184 Anm. 5; Matthiaß § 121 II, B., 1; Schollmeyer S. 63; Oertmann S. 322, 4.

Empfänger um den Besitz der empfangenen Fungibilien ungerechtfertigt bereichert, sodaß der Geber den Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Empfänger hat. Neumann behauptet in der Anmerkung zu § 607, 2 d: daß „eine wirksame Empfangnahme nicht erfolgt sei. Immerhin wird sich der Empfänger auf diesen Rechtsmangel nur unter den Voraussetzungen des § 440 Abs. 2 -4 B.G.B. berufen können." Der Unterschied zwischen der von Neumann vertretenen Ansicht und der der übrigen zitierten Schriftsteller beruht darin, daß der gutgläubige Empfänger nach Neumann dieselbe Menge, die er empfangen hat, an den Hinterleger herauszugeben hat, während er nach der anderen Ansicht nur auf seine Bereicherung entsprechend § 818 B.G.B. haftet. Im übrigen ergeben beide Ansichten dasselbe Resultat, wenn der Empfänger auf Grund des Anspruchs des Eigentümers demselben die erhaltenen vertretbaren Sachen herausgegeben hat.

Zweifelhaft kann die Entscheidung in dem Falle werden, wenn der Empfänger zwar durch die Übergabe noch nicht Eigentümer der vertretbaren Sachen geworden ist, aber nun eine Handlung vornimmt, die ihm auf Grund der §§ 946 ff. B.G.B. das Eigentum an denselben verschafft, z. B. er sät das gestohlene Getreide auf seinem Grundstück aus. Es fragt sich, ob in diesem Falle nicht nachträglich noch der unregelmäßige Verwahrungsvertrag zu stande gekommen ist. Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Der Empfänger erwirbt auf Grund sachenrechtlicher Vorschriften das Eigentum originär durch eine Handlung, die mit dem Vertrag der Kontrahenten in gar keinem Zu-

sammenhang steht und deshalb auch keinerlei Wirkung auf ihn ausüben kann. Es würde auch die entgegengesetzte Ansicht zu einem unbilligen Resultat führen. Denn nach § 951 B.G.B. kann derjenige, der infolge der Verbindung einen Rechtsverlust erleidet, von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsveränderung eintritt, Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Den Rechtsverlust erleidet in dem angegebenen Beispiel der Eigentümer. Würde nachträglich durch die Verbindung der unregelmäßige Verwahrungsvertrag zu stande gekommen sein, so würde die Folge die vertragsmäßige Verpflichtung des Empfängers zur Rückerstattung sein. Der Empfänger würde also nebeneinander dem Hinterleger aus dem Vertrage und dem bisherigen Eigentümer gemäß § 951 B.G.B. auf den durch die Verbindung erlangten Vorteil haften. Gegenüber der Klage aus § 951 B.G.B. würde er sich mit Erfolg damit verteidigen können, daß er seiner vertragsmäßigen Verpflichtung zur Rückerstattung einer gleichen Menge bereits nachgekommen sei, da damit seine Bereicherung fortgefallen ist; dagegen würde er gegenüber der Vertragsklage nicht schlechthin mit der Einrede durchdringen, daß er dem früheren Eigentümer schon Ersatz geleistet habe. Die hier vertretene Ansicht führt dahin, daß der Empfänger nach §§ 812 ff. B.G.B. dem Geber, nach § 951 B.G.B. dem bisherigen Eigentümer auf seine Bereicherung haftet. Beide Ansprüche bestehen in der Weise neben einander, daß die Befriedigung des einen auch den anderen erlöschen läßt, da dann auch die Bereicherung des Empfängers aufhört. Eine weiter gehende

Haftung desselben kann nur nach den Vorschriften der §§ 823 ff. B.G.B. begründet werden.

Eine besondere Haftung des Hinterlegers für Rechtsmängel wird nur bei dem Vorliegen einer unerlaubten Handlung gegeben sein. Besondere Vorschriften, wie sie bei dem Kauf und anderen gegenseitigen Verträgen gegeben sind, können bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag um deswillen entbehrt werden, weil nach den obigen Ausführungen das Entstehen des Vertrages davon abhängig ist, daß der Hinterleger dem Verwahrer das Eigentum verschafft. In der Regel wird ja auch ein besonderes Interesse an dem Zustandekommen eines Vertrages, der vorwiegend zu Gunsten des anderen Kontrahenten abgeschlossen ist, nicht bestehen.

4. Die Frage, ob der Hinterleger für Mängel der hinterlegten Sachen zu haften hat, ist im Gesetz nicht ausdrücklich beantwortet. Eine derartige Haftung kann sich unter Umständen aus dem Vorvertrag ergeben, indem z. B. der Hinterleger bestimmte Eigenschaften zugesichert und für deren Vorhandensein ausdrücklich Garantie übernommen hat; von diesem Ausnahmefall abgesehen wird eine Haftung des Hinterlegers nur unter der Voraussetzung der §§ 823 ff B.G.B. gegeben sein.[1]) In vielen Fällen wird ein genügender Schutz des Verwahrers auch darin liegen, daß er ja nur verpflichtet ist, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren.

5. Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag erfordert neben der Vereinbarung, daß das Eigentum auf den Be-

[1]) Vgl. Planck zu § 700, 1, d; Oertmann S. 323, 5; Schollmeyer S. 64.

wahrer übergehen soll, die weitere Bestimmung, daß derselbe verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren. Es liegt also eine Verbindung eines dinglichen mit einem obligatorischen Vertrag vor. Es ist bereits ausgeführt, daß, wenn der dingliche Vertrag, die Eigentumsübertragung, nicht zu stande gekommen ist, damit im Verhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer auch der Verwahrungsvertrag nicht zu stande kommt, vielmehr der Verwahrer nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung haftet. Dieselbe Haftung des Verwahrers auf die Bereicherung tritt ein, wenn zwar der dingliche, aber nicht der obligatorische Vertrag zu stande kommt, z. B. der Geber will zwecks Verwahrung, der Empfänger aber als Schenkung die vertretbaren Sachen annehmen. Der dingliche Vertrag ist ein abstraktes Rechtsgeschäft und umfaßt deshalb die causa, den Zweck und Rechtsgrund desselben, nicht. Demgemäß entsteht also der unregelmäßige Verwahrungsvertrag nur durch die Verbindung eines dinglichen und eines obligatorischen Vertrages. Auch bei dem Kauf liegt eine Verbindung beider Verträge mit einander vor, aber hier ist der dingliche Vertrag das „Veräußerungsvollzugsgeschäft", im Gegensatz zu dem „Veräußerungskausalgeschäft", während der unregelmäßige Verwahrungsvertrag als Realkontrakt als eine Voraussetzung das Entstehen des dinglichen Vertrages erfordert.[1]) Im einzelnen würde es zu weit führen auf das Verhältnis beider Verträge einzugehen.

[1]) Vgl. hierzu Staub, Handelsgesetzbuch Bd. II Exkurs zu § 376 Anm. 6 ff.

Der Umfang der Verpflichtung des Verwahrers bestimmt sich nach der Menge und der Beschaffenheit der empfangenen vertretbaren Sachen. Die Beweislast für die Übergabe, sowie für die Menge und Beschaffenheit der übergebenen vertretbaren Sachen trifft den Hinterleger. Ist eine Geldsumme hinterlegt, so braucht sie mangels besonderer Vereinbarung nicht in der empfangenen Münzsorte, sondern kann in jeder beliebigen zurückgezahlt werden. Sind Inhaberpapiere in Verwahrung gegeben, so werden im Zweifel ebensolche Papiere zurückzuerstatten sein. Ist ausbedungen, daß anstatt der hinterlegten Papiere auch eine Geldsumme, deren Höhe ausdrücklich oder durch erkennbare Beziehung auf den Kurswert festgestellt ist, zurückgezahlt werden könne, so liegt entweder ein Kaufvertrag, verbunden mit einem Verwahrungsvertrag, vor, oder es handelt sich um einen Nebenvertrag, der dem Verwahrer die facultas alternativa einräumt, entweder die hinterlegten Wertpapiere oder an deren Stelle den hinterlegten Geldbetrag zurückzuerstatten.[1])

Im einzelnen können durch den Vertrag besondere Nebenverpflichtungen des einen oder des anderen Kontrahenten begründet werden. Es kann vereinbart sein, daß — z. B. im Fall der Verwahrung von Geld oder Wertpapieren — der Verwahrer für die Benutzung des Kapitals einen Zins zu vergüten hat. Die Höhe der Zinsen wird in der Regel den gesetzlichen Zinsfuß nicht erreichen, da das jederzeitige Rückforderungsrecht des Hinterlegers eine sichere, längere Ausnutzung des Kapitals auf Seiten des

[1]) Vgl. Planck zu § 607, 4; Oertmann S. 324, 3; Matthiaß § 121, II, c, 1, a; Haidler S. 671.

Verwahrers unmöglich macht. Die Verpflichtung zur Zinszahlung kann ausdrücklich getroffen werden, es kann sich aber auch aus den Umständen, insbesondere auch aus dem Geschäftsgebrauch, ergeben, daß sie beabsichtigt ist. In der Regel werden die Zinsen in denselben Sachen zu entrichten sein, wie sie zur Aufbewahrung empfangen sind; es kann aber auch vereinbart sein, z. B. bei Aufbewahrung von Wertpapieren, daß sie in Geld zu entrichten sind. Wann die Zinsen zu zahlen sind, ob nach bestimmten Zeitabschnitten oder erst nach Beendigung der Verwaltung, wird sich aus der Vereinbarung oder den Umständen ergeben. An Stelle der Zinsen kann auch ein bestimmter Zuschlag zu der Gesamtsumme als Vergütung vereinbart werden; eine derartige Vereinbarung wird giltig sein, insoweit sie nicht nach § 138 B.G.B. wegen Wuchers nichtig ist.

Andererseits kann aber auch dem Verwahrer eine Provision für die Verwahrung zugesagt sein. Dies wird wohl in denjenigen Fällen vereinbart werden, in denen trotz der erfolgten Eigentumsübertragung eine einträgliche Nutzung der übergebenen vertretbaren Sachen nicht oder nur in Ausnahmefällen möglich ist, z. B. bei der Verwahrung von Getreide. Ein Anspruch wegen Verwendungen steht selbstverständlich dem Verwahrer nicht zu, da er ja Eigentümer der hinterlegten Sachen wird.[1])

Für die Hinterlegung von Wertpapieren trifft § 700 Abs. 2 B.G.B. die besondere Bestimmung, daß die Vereinbarung, daß das Eigentum an den hinterlegten Sachen auf den Verwahrer übergehen soll, ausdrücklich getroffen

[1]) Planck zu § 700, 1 d.

werden soll. Der Wille der Parteien auf Abschluß eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrages muß zum Ausdruck gebracht werden; ob dies mündlich oder schriftlich, für ein einzelnes Rechtsgeschäft oder für mehrere gleichzeitig, geschieht, ist gleichgültig; dagegen ist eine Berufung auf stillschweigende Übereinkunft oder auf den Geschäftsgebrauch ausgeschlossen. Es waren nämlich im Depotgeschäft der Bankiers bei der Hinterlegung von Wertpapieren derartige Mißbräuche zu Tage getreten, daß die Sicherheit des Verkehrs es erheischte, dem Depositar den Einwand abzuschneiden, es sei ihm die Aneignung der hinterlegten Papiere stillschweigend gestattet worden. Man stützte diese Behauptung in der Regel auf Usancen. Da jedoch die Feststellung, ob eine derartige Usance im Bankverkehr bestehe, kein sicheres Resultat liefern konnte, scheiterte in mehreren Fällen das strafrechtliche Vorgehen gegen den ungetreuen Bankier wegen Unterschlagung von Depots. Aus diesem Grunde ist denn insbesondere auf Veranlassung des Ausschusses der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin und Professor Goldschmidt das Erfordernis ausdrücklicher Vereinbarung aufgenommen.

Nach den Protokollen rechtfertigt sich übrigens diese besondere Behandlung der Wertpapiere auch innerlich und zwar dadurch, daß solche Papiere nicht ihrer Natur nach vertretbare Sachen, sondern durch die Nummer und sonstige Beziehung individuell bestimmte Sachen seien, die nur kraft positiver gesetzlicher Vorschrift in manchen Beziehungen den vertretbaren gleich behandelt werden.[1])

[1]) Auf die weitergehenden Bestimmungen des R.G. vom 5. Juli 1896, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere wird später eingegangen.

6. Mit dem Zeitpunkt, wo der Verwahrer Eigentümer der hinterlegten vertretbaren Sachen wird, geht auch die Gefahr auf ihn über.[1]) In der Regel wird der Zeitpunkt der Eigentumsübertragung mit dem der Übergabe zusammenfallen, indessen kann in einigen Fällen auch ein späterer Zeitpunkt maßgebend sein, z. B. es werden fremde Fungibilien unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung seitens des Eigentümers übergehen. Im Falle der Übersendung der vertretbaren Sachen geht die Gefahr im Zweifel erst mit der Empfangnahme derselben seitens des Verwahrers und nicht schon mit der Absendung auf den Verwahrer über.[2])

Mit dem Eigentumsübergang auf den Verwahrer verliert der Hinterleger sein Eigentum und wird lediglich Gläubiger des Verwahrers auf die hingegebene Stückzahl. Seine Sicherheit ruht in dem Kredit des Verwahrers. Im Konkurs desselben hat er kein Aussonderungsrecht, sondern nur einen Anspruch als Konkursgläubiger. Entsprechend seiner Stellung als Eigentümer kann der Verwahrer über die hinterlegten Sachen nach seinem Belieben verfügen, ohne Rechenschaft ablegen zu müssen und ohne daß er zu einer besonderen Bereitstellung einer entsprechenden Menge verpflichtet wäre. Jeder Gewinn, den er mit den hinterlegten Fungibilien erwirbt, ist sein Vorteil; er ist insbesondere nicht verpflichtet, die gewonnenen Zinsen herauszugeben. Andererseits ist auch jeder Zufall, der die hinterlegten Sachen trifft, sein

[1]) Planck zu § 607, 2, a.

[2]) So Oertmann S. 324, 3, A. A. mit Unrecht Cosack, Bd. I, S. 508, 3, a, Anm.

Nachteil. Dem Hinterleger gegenüber wird er erst durch die Rückgabe einer gleichen Menge von vertretbaren Sachen befreit: so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, kann er sich nach § 279 B.G.B. auf sein Unvermögen zur Leistung nicht berufen. Erst die eingetretene objektive Unmöglichkeit, soweit sie nicht nach Maßgabe des § 280 B.G.B. von ihm zu vertreten ist, befreit ihn.

Es ist bereits erwähnt, daß eine hinterlegte Summe im Zweifel nicht in der empfangenen, sondern in jeder beliebigen Münzsorte zurückgezahlt werden kann. Für den Fall, daß nach der Vereinbarung die Geldschuld in der empfangenen Münzsorte zurückgezahlt werden soll und sich diese Münzsorte zur Zeit der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr im Verkehr befindet, bestimmt § 245 B.G.B., daß die Zahlung so zu leisten ist, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre.

Sind Wertpapiere zur Verwahrung gegeben und ebensolche Papiere bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht zurückerstattet worden, weil die ganze Gattung aus dem Verkehr verschwunden ist, so wäre nach den aufgestellten Regeln der Schuldner wegen Unmöglichkeit der Leistung befreit. Indessen widerspricht dieses Resultat wohl in allen Fällen der Billigkeit. Aber in bezug auf die Frage, wie der Ausgleich zwischen Hinterleger und Verwahrer zu bewirken ist, gehen die Ansichten auseinander. Nach Fischer-Henle § 607,[3] muß der Verwahrer, wenn die Papiere zur Zeit der Rückzahlung nicht mehr vorhanden sind, das Unvermögen zur Leistung trotz § 279 B.G.B. vertreten. Ein brauchbares Resultat ist

damit nicht gewonnen, denn Fischer-Henle spricht nur die Verpflichtung zum Ersatz aus, ohne einen Maßstab für den Umfang dieser Verpflichtung zu geben. Ebenso unbestimmt läßt Oertmann § 607,[3] für den Fall der Einziehung der Papiere eventuell den wahren Geldwert an ihre Stelle treten. Nach Planck § 607,[1] wird der Verwahrer zwar wegen Unmöglichkeit der Leistung befreit, der Hinterleger kann aber nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung Ersatz verlangen. Eine ungerechtfertigte Bereicherung liegt nicht vor, denn der Verwahrer hat die hinterlegten Sachen auf Grund einer rechtsbeständigen causa erhalten. Durch den Untergang der ganzen Gattung fällt nicht der rechtliche Grund des Empfanges fort, sondern es bleiben der Vertrag und damit die Verpflichtung des Empfängers bestehen; die Unmöglichkeit der Leistung ist ein äußerer, von dem Bestehen des Vertrages völlig unabhängiger Umstand. Da somit eine ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers nicht vorliegt, ist es völlig willkürlich, die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung anwenden zu wollen. Neumann will, in der Anm. zu § 607,[2] b β, die Vorschriften der §§ 275, 281 B.G.B. zur Anwendung bringen: Da die Leistung unmöglich geworden ist, hat der Verwahrer den Ersatz herauszugeben, den er für den geschuldeten Gegenstand infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, erlangt hat. Es sind hier folgende Möglichkeiten denkbar. Der Verwahrer hat die hinterlegten Papiere veräußert, und nun verschwindet die ganze Gattung aus dem Verkehr, z. B. weil sie ausgelost ist. Alsdann ist der Vorschlag von Neumann nicht an-

wendbar. Denn trotz der Veräußerung konnte der Verwahrer noch immer leisten, da er ja jederzeit die Papiere wieder erwerben konnte. Die Unmöglichkeit der Leistung trat erst durch die nachträgliche Auslosung ein und infolge dieses Umstandes hat er keinen Ersatz erlangt. Ebenso versagt die Ansicht von Neumann, wenn die hinterlegten Papiere bei dem Verwahrer durch Zufall untergegangen sind und dann die ganze Gattung aus dem Verkehr gezogen wird; sie ist endlich aber auch dann nicht anwendbar, wenn der Verwahrer in dem Zeitpunkt, in dem die sämtlichen Papiere der Gattung aus dem Verkehr gezogen wurden, tatsächlich die seiner Verpflichtung entsprechende Zahl in Händen hatte. Denn der Schuldner hat hier nicht für den geschuldeten Gegenstand Ersatz erlangt; seine Verpflichtung war nicht die Leistung dieser Papiere, die er gerade in Händen hatte, sondern die Leistung aus der Gattung. In ähnlicher Weise führt Goldmann-Lilienthal § 167 Anm. 3 aus: Von der Verpflichtung, Inhaberpapiere in gleicher Art zu erstatten, ist er nach § 275 frei geworden. Des Weiteren ist zu unterscheiden: Besaß er noch das Wertpapier, als es aus dem Verkehr gezogen wurde, so muß er nach § 281 den Betrag herausgeben, den er bei Einlösung des Papiers erhalten hat. Besaß er das Papier zu der angegebenen Zeit nicht, so daß das Papier nicht bei ihm ausgelost wurde, so hat der Gläubiger gegen ihn einen Bereicherungsanspruch, der nach § 818 Abs. 2 u. 3 in der Regel auf den Betrag gehen wird, den er bei Verwertung des Papieres erhalten hat. Es entspricht dieses Resultat auch dem Gedanken des § 607 Abs. 1, „daß der Schuldner das Empfangene

zurückerstatten soll." Das Unrichtige dieser letzten Behauptung ergibt sich schon daraus, daß ein derartiger Vertrag sehr häufig aus Spekulationsabsicht geschlossen werden wird und es deshalb nicht der Absicht der Parteien entspricht, daß der Empfänger alles, was er durch spätere Rechtsgeschäfte an Vorteilen erwirbt, demnächst an den Hinterleger herausgeben soll. Matthias § 121, II. B, β vertritt den Standpunkt, daß, wenn die ganze Gattung aus dem Verkehr verschwunden ist, eine Geldleistung an die Stelle tritt und daß im Zweifel der Kurswert zur Zeit des Kontraktschlusses entscheidet. Dieser Ansicht kann ich ebenfalls nicht beitreten. Denn bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag über Wertpapiere geht der Wille der Parteien dahin, daß ohne Rücksicht auf den Kurswert ebensolche Papiere zurückzugeben sind. Ein Steigen oder ein Fallen im Kurs nützt oder schadet dem Hinterleger, da der Geldwert eines Wertpapiers durch den jeweiligen Kurswert bestimmt wird. So lange ein Wertpapier im Handel zu kaufen ist, hat es den durch den Kurs bestimmten Wert. Es hat deshalb für den Verwahrer, der nicht im Besitz dieser Papiere ist, seine Verpflichtung denselben Wert wie eine Geldschuld in Höhe des jeweiligen Kurswertes. An dem letzten Tage, an dem die Papiere im Handel zu kaufen waren, entsprach seine Verpflichtung also einer dem Kurswert dieses Tages gleichen Geldschuld, die nur vertragsmäßig in diesen besonderen Wertpapieren zu zahlen war. Mit dem Untergang dieser Papiere entfällt für den Verwahrer die Möglichkeit, die Zahlung in diesen Papieren zu leisten, infolgedessen hat er unter entsprechender An-

wendung des § 245 B.G.B. seine Verpflichtung so zu erfüllen, als wenn nichts darüber bestimmt sei, in welchen Papieren die Zahlung zu leisten sei. Bis zum Untergang der Papiere aber trifft, wie bereits erwähnt, jede Kursveränderung den Verwahrer; deshalb kann folgerichtig der Berechnung des Geldwertes der Verpflichtung nur der Kurswert desjenigen Tages zugrunde gelegt werden, an dem die Papiere zuletzt im Handel zu kaufen waren.[1]) Wenn bis zum Untergang der Papiere jede Veränderung im Kurse auch den Geldwert der Verpflichtung des Verwahrers ändert, so können doch unmöglich durch deren Untergang alle früheren Veränderungen hinfällig werden und lediglich der Kurswert zur Zeit des Vertragsschlusses maßgebend sein. Ohne besondere Vereinbarung wird man nach meiner Ansicht wenigstens einen derartigen Willen der Parteien nicht vermuten.

7. Während im übrigen auf den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag die Vorschriften über das Darlehen Anwendung finden, bestimmen sich im Zweifel Ort und Zeit der Rückgabe nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag. Der Hinterleger kann demgemäß jederzeit seine Forderung auf Rückgabe geltend machen, auch wenn für die Rückgabe eine Zeit bestimmt ist. Das ergibt sich aus dem Zweck des Vertrages. Derselbe ist im Interesse des Hinterlegers abgeschlossen, darum ist auch sein Interesse und sein Wille dafür ausschlaggebend, wann das Vertragsverhältnis endigen soll. Eine Befristung gilt lediglich als im Interesse des Hinterlegers vereinbart.

[1]) Vgl. Fischer-Henle Anm. 4 zu § 245.

Daneben ist freilich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben selbstverständlich, daß derselbe die Rückgabe nicht zu einer unangemessenen Zeit verlangen darf. Im übrigen können Kündigungsfristen vereinbart werden; derartige Kündigungsfristen, die keineswegs immer mit dem Geschäftszweck in Widerspruch stehen werden,[1]) werden im Gegensatz zum Darlehen nur sehr kurz sein und nur bei Aufbewahrung größerer Mengen vereinbart werden. Ist eine Kündigungsfrist nicht vereinbart, so wird man doch dem Verwahrer eine mäßige Frist zur Erfüllung seiner Rückgabepflicht zugestehen müssen.[2]) Genügt jedoch auch innerhalb einer mäßigen Frist der Verwahrer seiner Rückgabepflicht nicht, so kommt er in Verzug und es treten die Wirkungen desselben ein.

Der Verwahrer kann die Rücknahme der hinterlegten Sachen nur dann jederzeit verlangen, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist; selbstverständlich darf auch er die Rücknahme nicht zu einer unangemessenen Zeit verlangen. Ist eine Zeit ausbedungen, so muß er den Ablauf derselben abwarten, nur aus wichtigen Gründen darf er die vorzeitige Rücknahme verlangen. Ob ein solcher vorliegt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Parteien zu entscheiden. Ist der Grund, um deswillen der Verwahrer die vorzeitige Rücknahme verlangt, nicht wichtig genug, um das Verlangen zu rechtfertigen, so

---

[1]) Übereinstimmend Cosack Bd. I § 154, VI, 3, a; anderer Ansicht Oertmann zu § 695, 1.

[2]) Übereinstimmend Oertmann zu § 695, 1.

braucht der Hinterleger die Aufforderung nicht zu beachten, irgend welche Rechtsnachteile treffen ihn dann nicht.

Das Verlangen des Verwahrers auf Rücknahme stellt sich dar als das Angebot der Zurückgabe und die Aufforderung an den Hinterleger, die hinterlegten Sachen abzuholen. Findet sich auf diese Aufforderung hin innerhalb einer angemessenen Frist der Verwahrer nicht bei dem Hinterleger ein, um die Sachen abzuholen, — denn es handelt sich, wie weiterhin auszuführen ist, um eine Holschuld — so kommt der Verwahrer in Annahmeverzug. Da es sich bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag stets um vertretbare Sachen handelt, so treten zwar die übrigen Wirkungen des Verzuges, insbesondere bei Geldschulden das Aufhören der Zinspflicht, ein, die Gefahr aber trifft nach wie vor den Verwahrer. Zum Übergang der Gefahr wird weiter gefordert, daß der Verwahrer die bestimmte Zahl an geschuldeten Fungibilien aussondert und diese dem Gläubiger tatsächlich oder wörtlich anbietet.[1] Nach Fischer-Henle § 300 Anm. 5 ist nur erforderlich, daß der Verwahrer reell zur Erfüllung in der Lage ist, im übrigen soll eine Ausscheidung des Quantums aus dem Vorrat nicht zum Gefahrübergang erforderlich sein. Dem widerspricht nach meiner Ansicht schon der Wortlaut des § 300 Abs. 2 B.G.B., „daß er die angebotene Sache nicht annimmt," d. h. die einzelne, individuell bestimmte Sache nicht annimmt. Die Ansicht führt auch zu einem unsichern Resultat. Wenn der Verwahrer einen Teil des

[1] Übereinstimmend Planck zu § 300, 3; Neumann zu § 300, 1; Oertmann zu § 300, 2 b; Endemann § 140, 2; Cosack § 106, 2 a Anm.

Vorrats veräußert, aber immer noch eine seiner Verpflichtung entsprechende Menge zurückbehält und nun der Rest untergeht, wie wird es dann? Ist nun der Verwahrer befreit oder haftet er etwa in Höhe der veräußerten Fungibilien? Nach meiner Ansicht hat der Verwahrer erst damit, daß er eine seiner Verpflichtung entsprechende Menge ausscheidet und diese dem Hinterleger anbietet, das zur Leistung seinerseits erforderliche getan; demgemäß beschränkt sich nun nach § 243 Abs. 2 B.G.B. das Schuldverhältnis auf diese ausgeschiedene Menge. Der § 279 B.G.B., nach welchem der Schuldner ohne Rücksicht auf sein Verschulden sein Unvermögen zur Leistung zu vertreten hat, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, findet dann keine Anwendung mehr; der Verwahrer wird vielmehr frei, wenn ihm die Leistung ohne sein Verschulden unmöglich wird. Denn der Gegenstand der Verpflichtung ist nicht mehr die Leistung aus der Gattung, sondern eine species, diese ausgeschiedene Menge. Im übrigen hat gemäß § 300 Abs. 1 B.G.B. der Verwahrer nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Andererseits hat der Hinterleger jetzt einen Anspruch auf Leistung dieser ausgeschiedenen Menge: der Schuldner, der solange seiner Verpflichtung durch Leistung einer entsprechenden Menge der betreffenden Art genügen konnte, ist jetzt verpflichtet, gerade diese ausgeschiedene Menge zu leisten.[1]) Im einzelnen auf die Wirkungen des Annahmeverzuges einzugehen, würde zu weit führen; bemerkt sei noch, daß der Verwahrer nach §§ 372 ff B.G.B. bei Geld und Wertpapieren das Recht der Hinter-

[1]) Vgl. hierzu Planck Bd. II S. 13.

legung, bei anderen Gegenständen das Recht des Selbsthülfeverkaufs hat.[1])

Dadurch, daß der Hinterleger nicht auf das berechtigte Verlangen des Verwahrers hin die hinterlegten Sachen abholt, kommt er nicht nur in Annahme- sondern auch in Leistungs-Verzug. Der Hinterleger hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, nach Beendigung des Verwahrungsverhältnisses die hinterlegten Sachen abzuholen; demgemäß kann der Verwahrer auch auf Rücknahme klagen. Wie Cosack § 154, IV, 3, d mit Recht ausführt, entspricht diese Rücknahmepflicht des Hinterlegers der Abnahmepflicht des Käufers.[2]) Zu beachten ist indes, daß im Gegensatz zum Annahmeverzug der Leistungsverzug nach § 285 B.G.B. ein Verschulden voraussetzt, demgemäß kommt der Hinterleger nicht in Verzug, so lange die Annahme infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Andererseits gibt der Leistungsverzug nach § 286 B.G.B. dem Verwahrer das Recht auf vollen Schadenersatz, während er bei dem Annahmeverzug nach § 304 B.G.B. nur Ersatz der Mehraufwendungen verlangen kann, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhalten der geschuldeten vertretbaren Sachen machen mußte.

Wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, so hat jeder der beiden Vertragschließenden das Recht, jederzeit die Rückgabe, bezw. Rücknahme, der hinterlegten

---

[1]) Vgl. Planck zu § 696; Matthiaß § 81, III, D, 2 u. 3 u. a.

[2]) Ebenso Oertmann zu § 696 Anm. 3. — Anderer Ansicht Goldmann-Lilienthal § 191 Anm. 23.

Sachen zu verlangen. Nicht schon durch dieses Verlangen, sondern erst durch die tatsächliche Rückgabe der hinterlegten Sachen wird das Vertragsverhältnis aufgelöst. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Verwahrer die aus dem Verwahrungsvertrag sich ergebenden Pflichten, soweit diese nicht durch seinen Verzug verschärft oder durch den Annahmeverzug des Hinterlegers erleichtert sind. Bis zu dem Zeitpunkt der Rückgabe, bezw. Rücknahme, werden auch Zinsen und Provision zu zahlen sein, soweit nicht auch diese Verpflichtungen durch einen etwa eintretenden Verzug des einen oder anderen Teils beeinflußt werden.[1]) Wenn eine Zeit für die Dauer der Verwahrung bestimmt war und infolge einer Kündigung die vorzeitige Rücknahme der Fungibilien erfolgt ist, so kann es zweifelhaft sein, ob der Verwahrer einen Anspruch auf die ganze Provision auf Grund der vertragsmäßigen Zeitbestimmung auch für die Zeit über die tatsächliche Dauer der Verwahrung hinaus hat. Nach § 699 Abs. 2 B.G.B. wird diese Frage zu verneinen sein, denn nach diesem § kann der Verwahrer von der Provision nur einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil verlangen, soweit nicht im einzelnen aus der Vereinbarung über die Vergütung sich ein anderes ergibt. Die abweichende Bestimmung kann auch stillschweigend getroffen sein und sich insbesondere aus der Art der zu leistenden Vergütung ergeben.[2]) Nach diesen Regeln wird auch die am Eingang dieser Schrift angeregte Frage zu beantworten sein, ob derjenige, der ein pactum de deponendo abgeschlossen

[1]) Vgl. Goldmann-Lilienthal § 191, IV, 2; Neumann § 695, 4.
[2]) Im allgemeinen übereinstimmend: Planck zu § 700, 1, c.

hat, dessen Erfüllung von dem künftigen Hinterleger verweigert wird, einen Anspruch auf Ersatz von Provision oder Aufwendungen hat. Der Verwahrer kann bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag, wie bereits erörtert, die Erstattung seiner Auslagen und Aufwendungen um deswillen nicht verlangen, weil er Eigentümer der hinterlegten Sache wird; daraus folgt ohne weiteres, daß auch der Abschluß des Vorvertrages dem Verwahrer einen derartigen Anspruch nicht geben kann. Die Entscheidung über die Provision wird von dem Willen der Vertragschließenden abhängen; im Zweifel wird jedoch auch hier ein Anspruch des künftigen Verwahrers nach § 699 Abs. 2 B.G.B. nicht bestehen.

Erfüllungsort ist bei dem regelmäßigen Verwahrungsvertrag derjenige Ort, an dem vertragsmäßig die hinterlegte Sache aufzubewahren war. Bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage geht das Eigentum auf den Verwahrer über; ihn bindet keine Vereinbarung, an welchem Ort er die empfangenen Sachen aufzubewahren hat; er ist nur verpflichtet, bei Beendigung des Vertragsverhältnisses die entsprechende Zahl der gleichen Sachen herauszugeben. Wenn nicht ausdrücklich ein besonderer Erfüllungsort vereinbart ist, so wird die den Verhältnissen entsprechende räumliche Beziehung des Verwahrers zu den Fungibilien derselben Gattung der Parteiabsicht entsprechen, also der Ort, an dem der Verwahrer die Sachen der gleichen Art aufzubewahren pflegt. In der Mehrzahl der Fälle wird dies der Wohnsitz des Schuldners als der regelmäßige Mittelpunkt seiner wirtschaftlichen Tätigkeit sein; es kann sich aber auch aus den Umständen ein

anderer Erfüllungsort ergeben, z. B. der Verwahrer verwahrt, wie der Hinterleger weiß, sein Getreide stets in seinem von seinem Wohnsitz entfernt liegenden Lagerraum.

Der § 697 B.G.B. bestimmt weiter: Der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen. Demgemäß muß, wie auch bereits erwähnt ist, der Hinterleger die hinterlegten Sachen bei dem Verwahrer an dem Erfüllungsort abholen. Der Hinterleger trägt die Kosten und die Gefahr der Rückgabe insbesondere auch dann, wenn der Verwahrer auf Grund der Vereinbarung, oder auf Verlangen desselben die geschuldeten Sachen an einen andern Ort übersendet. Die Frage, ob der Hinterleger die Zusendung der geschuldeten Fungibilien insbesondere auch nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte verlangen kann, wird nach der positiven Bestimmung des genannten Paragraphen zu verneinen sein. Eine rechtliche Verpflichtung des Verwahrers zur Zusendung besteht sicher nicht.[1])

8. Im gemeinen Recht war gegen eine Forderung aus dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage weder die Aufrechnung mit einer Gegenforderung noch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes zulässig. Beide Beschränkungen sind nach dem B.G.B. fortgefallen, soweit sie nicht durch Parteivereinbarung aufrecht erhalten sind.[2])

IV.

1. § 700, Abs. 1, S. 2, B.G.Bs. bestimmt: Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare

---

[1]) Abweichend Oertmann § 697, 1.

[2]) Vgl. Planck § 697, 3 a u. b; Matthiaß § 126 II, D, 1, c, γ.

Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer die Sachen sich aneignet. Zunächst haben die Parteien einen regelmäßigen Verwahrungsvertrag geschlossen. Der Verwahrer muß gerade die empfangenen vertretbaren Sachen sicher aufbewahren und hat hierbei jede Fahrlässigkeit zu vertreten; im Falle der unentgeltlichen Übernahme der Verwahrung hat er nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Der Hinterleger ist Eigentümer geblieben, im Konkurs des Verwahrers hat er ein Aussonderungsrecht und ist nicht darauf beschränkt, seinen Anspruch als Konkursgläubiger geltend zu machen; anderseits trifft ihn auch jeder Unfall, der nicht von dem Verwahrer zu vertreten ist. Alle Früchte, die während dieses Zeitraumes gezogen werden, fallen nicht in das Eigentum des Verwahrers und sind bei Beendigung des Verwahrungsverhältnisses an den Hinterleger herauszugeben, während andererseits der Verwahrer in Gemäßheit des § 693 B.G.B. für die zum Zwecke der Aufbewahrung gemachten Verwendungen Ersatz verlangen kann.

2. Da der Hinterleger kein besonderes Interesse daran hat, daß er gerade die hingegebenen vertretbaren Sachen zurückerhält, so gestattet er dem Verwahrer, sich dieselben anzueignen und an deren Stelle Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren. Welche Bedeutung hat nun diese Gestattung? Sie stellt sich dar als ein Antrag, der einmal auf den Abschluß eines dinglichen Vertrages, nämlich auf Eigentumsübertragung und gleichzeitig auf Umwandlung des bereits bestehenden

regelmäßigen in einen unregelmäßigen Verwahrungsvertrag gerichtet ist.[1]) Denn der dingliche Vertrag umfaßt, da er, wie bereits früher erwähnt, grundsätzlich abstrakt ist, den Rechtsgrund des Leistungsgeschäftes nicht, derselbe ergibt sich erst aus dem daneben bestehenden obligatorischen Vertrag. Indessen ist im vorliegenden Falle nicht erforderlich, daß der Antrag neben dem dinglichen ausdrücklich den obligatorischen Vertrag erwähnt; der diesbezügliche Wille des Antragenden kann sich hier sehr wohl aus den Umständen, insbesondere auch aus dem Bestehen des regelmäßigen Verwahrungsvertrages ergeben. Da der Verwahrer auf Grund des regelmäßigen Verwahrungsvertrages bereits im Besitz der hinterlegten Sachen ist, so genügt nach § 929 S. 2 B.G.B. zur Eigentumsübertragung die Einigung zwischen ihm und dem Hinterleger. Die Einigung erfolgt durch die Annahme des Antrags.

Ist der Antrag unter Abwesenden gestellt, so wird, sofern nicht in demselben ein anderes enthalten ist, eine besondere Annahmeerklärung entsprechend dem § 151 B.G.B. nicht gefordert; vielmehr erfolgt der Eigentumserwerb und damit die Geschäftsumwandlung entsprechend dem Wortlaut durch die Aneignung der hinterlegten Sachen. Die Aneignung vollzieht sich, da der Verwahrer bereits unmittelbarer Besitzer ist, durch Umwandlung des unmittelbaren Besitzes in Eigenbesitz. Hierzu genügt nicht schon eine rein subjektive Willensänderung,[2]) denn der Wille kommt rechtlich nicht in Betracht, solange er

[1]) Vgl. auch Donner, das depositum irregulare S. 44.
[2]) Anderer Ansicht Kuhlenbeck § 700, 2.

lediglich ein Vorgang im Innern des Menschen ist; sondern es muß sich diese Willensänderung irgendwie in äußern Tatsachen erkennbar machen, entweder durch Anzeige gegenüber dem Hinterleger oder durch konkludente Handlungen, z. B. Verbrauch, Vermischung. Es ergeben sich nun die Fragen, ob der Hinterleger die Gestattung der Aneignung widerrufen kann und wie lange derselbe an den von ihm gestellten Antrag gebunden ist. Die Gestattung der Aneignung stellt sich, wie bereits erörtert ist, als ein Antrag und demgemäß als eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung dar. Hieraus folgt ohne weiteres, daß sie, sobald sie einmal wirksam geworden ist, nicht widerrufen werden kann; denn soweit nicht durch das Gesetz selbst Ausnahmen aufgestellt sind, ist die einmal wirksam gewordene Willenserklärung unwiderruflich.[1])

An sich würde ja nach § 147 Abs. 2 B.G.B. der Hinterleger an den von ihm gestellten Antrag nur bis zu dem Zeitpunkte gebunden sein, in welchem er von dem Verwahrer unter regelmäßigen Umständen den Eingang der Anwort erwarten darf. Indessen würde man hiermit wohl kaum dem Willen der Parteien gerecht werden. Es wird vielmehr, sofern nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt ist, die Absicht des Antragstellers dahin gehen, daß er für die ganze Dauer des Vertragsverhältnisses gebunden sein will. Denn da es sich um vertretbare

[1]) Neumann § 130 II B; — Oertmann Anm. 2 zu § 700. Anderer Ansicht Goldmann-Lilienthal § 191 Anm. 32, jedoch ohne überzeugende Gründe.

Sachen handelt, so hat er kein besonderes Interesse daran, daß er gerade die hingegebenen Stücke zurückerhält; andererseits hat er genügend Vertrauen zu dem Verwahrer, um sich an Stelle seines Eigentums mit einem bloßen obligatorischen Anspruch gegen denselben zu begnügen. Der Hinterleger muß, wenn er den Antrag zum Erlöschen bringen will, sein Rückforderungsrecht, welches ihm nach den früheren Regeln jederzeit zusteht, ausüben und dadurch das Vertragsverhältnis auflösen.[1])

Ist für die Dauer der Aufbewahrung eine Zeit bestimmt, so kann es zweifelhaft erscheinen, ob der Antragende auch für die ganze Dauer der Frist an seinen Antrag gebunden sein will. Die Folge davon würde sein, daß der Hinterleger entgegen der Bestimmung des § 695 B.G.B. nicht vor Ablauf dieser Frist die Rückgabe der hinterlegten Sachen fordern kann. Dieses Ergebnis würde der Billigkeit widersprechen. Denn der Zweck des — regelmäßigen wie des unregelmäßigen - Verwahrungsvertrages ist die Aufbewahrung der hinterlegten Sachen im Interesse des Hinterlegers: dieser Antrag soll den Zweck des Vertrages und insbesondere die besonderen Rechte des Hinterlegers unberührt lassen und nur in den Grenzen des Vertrages einzelne Umstände desselben modifizieren. Ebenso wie z. B. besondere bei Abschluß des regelmäßigen Verwahrungsvertrages getroffene Vereinbarungen über den Leistungsort durch die Stellung und

[1]) Im wesentlichen übereinstimmend Oertmann § 700, 2; vgl. auch Neumann §§ 70, 2 und 929, II 2 b.

die Annahme des Antrags von Bestand bleiben, so werden auch die Bestimmungen über die Zeit der Rückgabe durch die Stellung des Antrags nicht berührt, es sei denn, daß sich aus dem Vertrag selbst ein anderes ergibt.

Ist der Antrag unter Anwesenden gestellt, so sind zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder der Verwahrer lehnt den Antrag endgültig ab, dann besteht lediglich ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag, der aus dem Rahmen des § 700 Abs. 1 S. 2 B.G.B. herausfällt, oder er nimmt den Antrag an. Dann ist dem Verwahrer die Aneignung nicht mehr einseitig durch den Antrag des Hinterlegers gestattet, sondern ihm vertragsmäßig ein Recht auf dieselbe gegeben. Die Parteien fügen damit zu dem regelmäßigen Verwahrungsvertrag nachträglich eine auflösende Bedingung hinzu und vereinbaren einen neuen suspensiv bedingten unregelmäßigen Verwahrungsvertrag. Die Bedingung ist für beide Verträge die gleiche, nämlich die Aneignung der hinterlegten Sachen durch den Verwahrer, so daß mit der Aneignung die Bedingung beider Verträge eintritt und demgemäß der regelmäßige Verwahrungsvertrag aufgelöst wird und der unregelmäßige Verwahrungsvertrag in Wirksamkeit tritt. Ein Widerruf der Gestattung der Aneignung seitens des Hinterlegers ist auch hier unmöglich, da eine vertragsmäßige Vereinbarung nicht einseitig von einem Teil aufgehoben werden kann. Der Hinterleger hat es aber auch hier in der Hand, durch Ausübung des Rückforderungsrechts das ganze Vertragsverhältnis aufzulösen und damit die — noch nicht eingetretene — Bedingung der Aneignung zum Wegfall zu bringen. Crome, „System des bürgerlichen Rechts" § 277

Anm. 6, behauptet, daß die Gestattung der Aneignung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, nicht Vertragsantrag ist. Er knüpft daran die Folge: also überhaupt, nicht blos in den Grenzen des § 147 Abs. 2 B.G.Bs. bindend. Wenn Crome auch im Erfolg mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmt, so ist seine Ansicht doch insofern irreführend, als der Vertragsantrag auch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist: beide Begriffe sind also keine Gegensätze. Vielmehr sind „einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen" die allgemeine Bezeichnung für einen bestimmten Kreis von Willenserklärungen, deren Wirkungen im einzelnen durchaus verschieden sein können.

Es sei hier darauf hingewiesen, daß, wenn die Aneignung der hinterlegten Sachen dem Verwahrer vertragsmäßig zugestanden ist, weder eine Alternativobligation noch eine sog. facultas alternativa vorliegt. Denn einmal ist der Verwahrer nicht zur Leistung der hinterlegten oder einer entsprechenden Zahl von Sachen verpflichtet, so daß beide Leistungen neben einander geschuldet werden, sondern er schuldet bis zur Aneignung nur die hinterlegten Sachen und nachher eine Gattungsschuld: die eine Verpflichtung schließt die andere aus. Andererseits besteht auch eine facultas alternativa, bei welcher der Schuldner sich durch Leistung eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes befreien kann, nicht: denn bis zu der Aneignung darf der Verwahrer nur die hinterlegten Sachen zurückgeben und nach der Aneignung erwirbt der Gläubiger auch ein Recht auf Leistung einer entsprechenden Zahl aus der Gattung.

3. Durch die Aneignung wird der Verwahrer Eigentümer der hinterlegten vertretbaren Sachen,[1]) er behält für die Zukunft die Früchte, erhält für Verwendungen keinen Ersatz und ist nur zur Herausgabe von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet. Der Hinterleger, der das Eigentum an den hinterlegten Sachen verliert, hat jetzt nur einen obligatorischen Anspruch, den er im Konkurs des Verwahrers lediglich als Konkursgläubiger geltend machen kann. Der Umfang der Restitutionspflicht des Verwahrers bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Annahme des Antrags. Verschlechterungen und Verminderungen der hinterlegten Fungibilien vor der Aneignung stellen, soweit sie nicht von dem Verwahrer zu vertreten sind, sich für die hinterlegten Sachen als Zufall dar und belasten demgemäß den Hinterleger. Sind sie von dem Verwahrer nach den oben angegebenen Grundsätzen zu vertreten, so ist derselbe zum Schadenersatz verpflichtet. Die Verteilung der Beweislast — mag die Aneignung einseitig durch Antrag oder durch Vertrag gestattet sein , ist die gleiche. Der Hinterleger, der die Hinterlegung einer bestimmten Anzahl von vertretbaren Sachen unter der Gestattung der Aneignung nachweist, behauptet damit nur das Vorliegen eines regelmäßigen Verwahrungsvertrages, aus dem sich der Anspruch auf Rückgabe gerade der hinterlegten

[1]) Für das gemeine Recht stellt Witzig „zur Lehre vom depositum irregulare" S. 42 die Behauptung auf, daß im Fall der Gestattung der Aneignung sofort mit dieser Gestattung das Eigentum auf den Verwahrer übergeht. Diese Ansicht erweist sich schon nach der unzweideutigen Bestimmung des § 700 Abs. 1 S. 2 des B.G.Bs. als unrichtig.

Sachen ergibt. Der Verwahrer weist nach, daß er entweder überhaupt nichts zu leisten habe, da ein Fall der Unmöglichkeit der Leistung vorliege, den er nicht zu vertreten habe (§ 282 B.G.B.), oder daß er nur eine entsprechende Zahl aus der Gattung schulde, da er sich angeeignet habe und damit die den regelmäßigen Verwahrungsvertrag auflösende Bedingung eingetreten sei. Behauptet der Hinterleger aber, daß zur Zeit des Untergangs der hinterlegten Sachen die Gefahr bereits auf den Verwahrer übergegangen sei, so hat er wieder die Aneignung der hinterlegten Sachen durch den Verwahrer nachzuweisen, da damit der unregelmäßige Verwahrungsvertrag zustande gekommen ist und deshalb die Gefahr den Verwahrer trifft.[1])

4. Wenn die hinterlegten vertretbaren Sachen nicht Eigentum des Verwahrers sind, so kommt zweifellos durch die Hinterlegung derselben ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag zustande.[2]) Gestattet nun der Hinterleger dem Verwahrer, die hinterlegten vertretbaren Sachen zu gebrauchen, so soll mit der Annahme dieses Vertrages nach der Absicht der Kontrahenten der regelmäßige Verwahrungsvertrag endigen und ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag zustande gekommen sein. Da ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag, wie bereits früher erörtert ist, nur dann zustande kommt, wenn der Verwahrer Eigentümer wird, so hat die Aneignung, d. h. die Begründung des Eigenbesitzes in allen denjenigen Fällen, in denen das Eigentum nicht übertragen wird — sei es,

[1]) Uebereinstimmend Seuffert's Archiv Bd. 52 Nr. 231.
[2]) Oertmann S. 426, 5.

daß der Verwahrer zur Zeit der Aneignung schlechtgläubig oder daß es sich um verlorene, gestohlene oder abhanden gekommene Sachen außer um Geld oder Inhaberpapiere handelt nur die Folge, daß der regelmäßige Verwahrungsvertrag endigt. Der Herausgabeanspruch des Hinterlegers bestimmt sich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.

V.

Zum Schluß müssen wir noch auf die Bestimmungen des Gesetzes, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere etwas näher eingehen. Denn dieses Gesetz fordert gegenüber dem § 700 B.G.B. für gewisse Fälle des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages noch weitere Bedingungen und dient deshalb zur Ergänzung des B.G.B.

Ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag über Wertpapiere kommt, wie bereits erwähnt ist, nach § 700 Abs. 2 B.G.B. nur dann zu stande, wenn die Vereinbarung desselben von den Vertragschließenden ausdrücklich getroffen wird. Weitergehende Bestimmungen trifft das Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896, dessen Geltungsbereich allerdings nach mehrfacher Richtung beschränkt ist. Zunächst findet das Gesetz nur auf Kaufleute und Kommissionäre [1]) Anwendung; die sog. Minderkaufleute des Art. 4 H.G.B. sind nach § 13 des Gesetzes von den Pflichten desselben befreit. Weiter muß die Übergabe der Papiere „im Betriebe des Handelsgewerbes" des Depotempfängers erfolgt

[1]) Der Kommissionär ist stets Kaufmann § 1 Z. 6 H.G.B.

sein, also nicht etwa infolge eines rein persönlichen Geschäfts. Was endlich die hinterlegbaren Gegenstände anlangt, so kommen nur Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), Inhaber- oder indossable Papiere in Frage; ausgeschlossen sind Banknoten und Papiergeld.[1])

Bezüglich der Formen des Depots nimmt § 1 ausdrücklich das geschlossene Depot von den Bestimmungen des Gesetzes aus. Wenn also die Wertpapiere verschlossen (in Kassetten, versiegelten Briefen oder dergl.) dem Bankier übergeben sind, so liegt ein regelmäßiger Verwahrungsvertrag vor, auf den lediglich die Bestimmungen des B.G.B. Anwendung finden.[2]) Im Falle eines derartigen „Sonderdepots" behält der Hinterleger sein Eigentum, der Verwahrer hat nicht das Recht, das Wertpapier zu veräußern oder zu verpfänden oder an seine Stelle andere Wertpapiere zu setzen. Im Konkurs des Bankiers hat der Hinterleger ein Aussonderungsrecht. Die Beobachtung dieser Bestimmungen ist durch die schweren Strafandrohungen der §§ 9—11 des Gesetzes gesichert. Was die einzelnen Pflichten des Verwahrers betrifft, so hat er — sofern er, was im Zweifel anzunehmen ist, eine Vergütung erhält (§ 354 H.G.B.) — das Sonderdepot mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufzubewahren, und zwar im Zweifel bei sich; bei einem Dritten es zu hinterlegen, ist er nur berechtigt mit ausdrücklicher Ermächtigung des Hinterlegers und selbstverständlich im Falle der Not (§ 691 B.G.B.). Ist eine Vergütung nicht ver-

[1]) Vergl. § 1 des Gesetzes.

[2]) Cosack „Lehrbuch des Handelsrechts" S. 508.

einbart, so haftet er nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. (§ 690 B.G.B.) Für Zufall steht er nicht ein. Er hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, den das Depot ihm verursacht, nach Maßgabe des § 694 B.G.B. In Bezug auf Zeit und Ort der Rückgabe finden dieselben Regeln Anwendung, die bereits früher entwickelt sind.

Sobald die vertretbaren Wertpapiere unverschlossen als offenes Depot zur Verwahrung übergeben sind, so ist der Verwahrer weiter verpflichtet

1. diese Wertpapiere unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung jedes Hinterlegers gesondert von seinen eigenen Beständen und von denen Dritter aufzubewahren. Die Sonderung braucht nicht eine völlig räumliche zu sein; es genügt, daß im selben Fache durch Kouvert, Umschlag oder Band die Sonderung bewirkt wird;[1])
2. ein Handelsbuch zu führen, in welchem die Wertpapiere jedes Hinterlegers nach Gattung, Nennwert, Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmalen der Stücke einzutragen sind; der Eintragung steht die Bezugnahme auf Verzeichnisse gleich, welche neben dem Handelsbuche geführt werden.

Neben diesen durch das Gesetz getroffenen Bestimmungen können vereinbarungsmäßig dem Verwahrer noch besondere Verpflichtungen auferlegt sein, z. B. daß er im Interesse des Hinterlegers gewisse Verfügungen und Verwaltungshandlungen vorzunehmen hat.

[1]) cf. Rießer „Das Bankdepotgesetz" S. 13.

Für den Abschluß eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrages, auch Summendepots genannt, fordert § 2 des Gesetzes eine für jedes einzelne Rechtsgeschäft ausdrücklich und schriftlich abgegebene Erklärung, aus welcher sich der Wille des Hinterlegers unzweideutig ergibt. Damit fallen die oben aufgeführten Pflichten des § 1 des Gesetzes für den Verwahrer fort; er ist also befugt, anstatt der ihm übergebenen Wertpapiere gleichartige zurückzuerstatten, und nicht verpflichtet, die ihm übergebenen Wertpapiere getrennt von andern aufzubewahren und deren Nummern in ein Handelsbuch einzutragen.[1])

Neben dem Sonder- und dem Summendepot kann noch das sogenannte Meng- oder Sammeldepot vorkommen, wenn nämlich die Absicht der Vertragsschließenden dahin geht, daß der Bankier zwar nicht Eigentümer der Wertpapiere werden soll, er andererseits aber ermächtigt sein soll, die erhaltenen Wertpapiere mit denen anderer Einlagerer zusammenzulegen. Für den Abschluß eines derartigen Vertrages wird ebenfalls die Form des § 2 des Gesetzes, also eine ausdrückliche und schriftliche Erklärung für das einzelne Geschäft, gefordert werden müssen; sind die Voraussetzungen des Depotgesetzes nicht gegeben, z. B. Banknoten oder Papiergeld sind hinterlegt, so wird eine ausdrückliche Erklärung gemäß § 700 Abs. 2 B.G.B. erforderlich sein.[2]) Die Vermischung der erhaltenen Wert-

[1]) cf. Wulff „Über die verschiedenen Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere," S. 19 ff.

[2]) So ebenfalls Lehmann-Ring III Buch 5 Abschnitt Anhang 13, obwohl nach dem Wortlaut des § 700 Abs. 2 dieser Fall nicht eingeschlossen ist.

papiere mit denen anderer Einlagerer durch den Bankier führt nach § 948 B.G.B. Miteigentum sämtlicher Hinterleger herbei. Der Bankier handelt als Vertreter der mehreren Hinterleger und nimmt den sachenrechtlichen Akt im Namen des einen Hinterlegers mit sich als Vertreter der übrigen Hinterleger vor. (§ 181 B.G.B.).[1])

Der Bankier bewahrt die Wertpapiere für sämtliche Hinterleger als unmittelbarer Besitzer auf. Die betreffenden Hinterleger selbst stehen im Verhältnis der Gemeinschaft nach Bruchteilen (B.G.B. § 741 ff.); jeder kann über seine Quote frei verfügen, ein etwa eintretender Schaden wird von sämtlichen anteilsmäßig getragen. Gemäß § 749 B.G.B. kann jeder Hinterleger jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Dabei wird wohl auch ohne ausdrückliche Erklärung der Bankier von sämtlichen Hinterlegern stillschweigend bevollmächtigt sein, die Teilung ohne Mitwirkung aller Hinterleger vorzunehmen.[2])

[1]) Übereinstimmend Lehmann-Ring Bd. II Anhang zum 5. Abschnitt III Buch No. 13; vgl. auch Burchard „Das Lagergeschäft nach dem deutschen Handelsgesetzbuch; Eger's eisenbahnrechtl. Entscheidungen Bd. 15 S. 214.

[2]) Eine derartige Vollmacht ist z. B. dem Lagerhalter durch § 419 H.G.B. gegeben.

Angabe der benutzten Literatur.

Cosack: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1903.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch.

Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs 3. Aufl. 1900.

Crome: System des bürgerlichen Rechts.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte.

Dernburg: Das bürgerliche Recht.

von Schey: Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Wien 1895.

Kuhlenbeck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch. 1897.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse.

Schollmeyer: Das Obligationenrecht.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch.

Staub: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Fischer-Henle: Handbuch zum bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Aufl.

Cohn bei Endemann: Band III. Das deutsche Handelsrecht.

Witzig: Zur Lehre vom depositum irregulare. Diss. 1888.

Ofner J.: Das irreg. Depositum. (Wochenschrift für Akt. Recht I. 1895).

Best: Darlehen und depositum irregulare. Erlangen. Diss. 1896.

Löwenstein: depositum irregulare und Darlehen. Erlangen. Diss. 1896.

Brandau, M.: Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag. Diss. Erlangen 1899.

Sachs in der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 18 S. 418 ff.

Franz Schweyer: Bankdepotgeschäfte. München 1899.

Rießer: Das Bankdepotgesetz. Berlin 1897.

Apt: Das Bankdepotgesetz. Berlin 1896.

Lusensky: Das Depotgesetz. Berlin 1897.

von Pechmann: Das Depotgesetz. Erlangen 1897.

Riemeyer: Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag.

Donner, Günther: Das depositum irregulare. Diss. Greifswald 1902.

Wulff, H.: Über die verschiedenen Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere (Depots) 2c. Dissert. Tübingen 1899.

Fränchel, E.: Das Darlehen und die unregelmäßige Hinterlegung. Diss. Erlangen 1899.

Rupprecht, v. O.: Das Recht der Lagergeschäfte nach dem Handels-Gesetzbuch. Diss. Tübingen 1899.

Koref, L. Die verschiedenen Arten von Depots an Wertpapieren juristisch charakterisiert. Diss. Erlangen 1898.

Burchard, J.: Das Lagergeschäft auf Grund des bürgerlichen Gesetzbuchs (Eger's eisenbahnrechtl. Entscheidungen und Abhandlungen. 16. Bd. 1900).

Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch.

Protokolle zum bürgerlichen Gesetzbuch.